

Харитонов Є. О.

*доктор юридичних наук, професор, член-кор. НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Харитонova О. І.

*доктор юридичних наук, професор, член-кор. НАПрН України,
завідувач кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

«ПРОГАЛИНИ» У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ЇХНЕ ПОДОЛАННЯ У ПРОЦЕСІ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Прагнення забезпечити в межах правового поля максимально повний захист прав та інтересів особи, публічний інтерес тощо, традиційно спонукають суб'єкти нормотворчої діяльності створювати нові й нові закони та інші акти законодавства. Багатьма науковцями існування «прогалин» у праві (законодавстві) розглядається як недолік, котрий має бути подоланий [1, с. 197-198]. Проте, існує думка, що відсутність зайвої регламентації у праві може розглядатися і як позитивне явище, оскільки в іншому разі невиправдано збільшувався би обсяг нормативних актів [2, с. 230]. Враховуючи актуальність цього питання у контексті адаптації законодавства України до умов внутрішнього ринку, зупинимося на основних, на наш погляд, аспектах проблеми.

Передусім, маємо з'ясувати про «прогалину у чому» йдеться: про «прогалину в праві» чи про «прогалину в законодавстві» — адже в літературі вживаються обидва названих терміни, причому нерідко як поняття рівнозначні [3].

На наше переконання, з самої сутності приватного права, як наднаціональної (базисної) системи права, та цивільного права України, як втілення приватного права на національному рівні, впливає, що вести стосовно них мову про «прогалини у праві» є не коректним, оскільки «неповноти правового регулювання» тут не існує: учасники цивільних відносин мають право встановлювати правила поведінки своїм договором (якщо це не заборонено законом). Можна припустити, що коли вони цього не роблять, то, очевидно, необхідності врегулювання певних відносин не існує.

Натомість, має йтися про «прогалини у цивільному законодавстві», котре розуміється як заснована на певних засадах, ієрархічно впорядкована система нормативних актів, що регулює, цивільні відносини.

Прогалини у цивільному законодавстві можуть бути усунені шляхом прийняття законодавчих актів (внесення змін у чинні акти цивільного законодавства) або подолані без внесення змін у акти цивільного законодавства. У другому випадку «прогалини» долаються у процесі юрисдикційної діяльності.

Поміж способів, якими може здійснюватися таке подолання, передусім, слід згадати аналогію закону та аналогію права (ст. 8 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України)). Застосування аналогії закону можливе за умов, що 1) відносини сторін знаходяться у сфері дії цивільного права, тобто, є цивільними відносинами (ст. 1 ЦК України); 2) вказані цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором; 3) існують норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини [4]. У разі, коли використання аналогії закону для регулювання цивільних відносин неможливе, застосовується аналогія права, тобто, використовуються загальні засади цивільного законодавства, встановлені ст. 3 ЦК України. Умови застосування аналогії права: 1) відносини сторін знаходяться у сфері дії цивільного права, тобто, є цивільними відносинами; 2) вказані цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором; 3) відсутні норми, що регулюють схожі за змістом цивільні відносини [5].

Ще одним засобом подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство є субсидіарне застосування норм, коли юрисдикційний орган використовує приписи суміжного правового інституту або спорідненої галузі. Вказівка на можливість субсидіарного застосування норм законодавства може міститися у самому законі (наприклад, ст. 9 ЦК України) або впливати з сутності цивільних відносин. Умовами субсидіарного застосування законодавства є: 1) відсутність норм, що спеціально регулюють дані відносини; 2) наявність таких норм у суміжних інститутах або галузях права, однорідних з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 3) однорідність методу правового регулювання, що застосовується в одному та іншому випадках.

Крім того, подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство має місце, коли суди керуються роз'ясненнями вищих судів стосовно застосування законодавства. Хоча формально

постанови та роз'яснення Пленумів вищих спеціалізованих судів призначені лише тлумачити і роз'яснювати цивільне законодавство, але, фактично, вони є формою (джерелом) права.

Таким чином, подолання прогалин у цивільному законодавстві у його вузькому значенні без прийняття нових законодавчих актів можливе шляхом: 1) застосування аналогії закону або аналогії права; 2) субсидіарного застосування норм суміжного інституту або галузі законодавства; 3) офіційного тлумачення норм цивільного законодавства вищими судовими органами.

Однак, слід враховувати також і можливість розширеного тлумачення поняття «цивільне законодавство», що ґрунтується на системному тлумаченні назви та змісту положень глави І ЦК України, при якому до форм цивільного законодавства відносяться не лише акти цивільного законодавства, але й інші види норм і загальнообов'язкових правил у цій галузі (у главі першій ЦК України, яка називається «Цивільне законодавство України», поряд з актами цивільного законодавства, згадуються також договори і звичаї. При такому широкому розумінні категорії «цивільне законодавство» функції норм законодавства виконують договори та звичаї, за допомогою яких компенсується «неповнота правового регулювання». Отже, вести мову про його «прогалини» некоректно, а відтак відпадає й необхідність їхнього подолання «прогалин». Оскільки, ч. 1 ст. 8 ЦК України передбачає, що аналогія закону може мати місце, якщо цивільні відносини не врегульовані актами цивільного законодавства або договором, врегулювавши свої відносини договором, його сторони не можуть вдаватися до аналогії, оскільки їхня угода усуває для них таку можливість. Таким чином, цивільно-правовий договір згідно з концепцією ст. 6 ЦК України є засобом, що усуває можливість існування прогалин у цивільному законодавстві, заповнюючи їх в міру необхідності стосовно конкретних відносин. Враховуючи це, можна сказати, що в ідеальному варіанті ЦК України має давати можливість вирішення цих питань без прийняття нових законів і «подолання прогалин» за допомогою аналогії тощо.

Власне, в історії цивілістики вже існує досвід створення «без-прогалинного» цивільного законодавства. Так згідно, § 7 Австрійського ЦК суддя зобов'язаний, якщо ні буква, ні дух закону не дають рішення проблеми, звернутися до подібних випадків, у яких закон дає певне рішення, а також до принципів інших законів, споріднених з даним. Якщо й у цьому випадку залишаються сумніви, то судді необхідно, «ретельно зваживши всі обставини,

вирішувати проблему на основі принципів природного права». Хоча після прийняття Австрійського Цивільного кодексу ця норма не відіграла значної ролі, оскільки суди намагалися не випинати свою фактично правотворчу діяльність на тлі активної нормотворчості імперської адміністрації шляхом видання палацових декретів, однак варто пригадати, що Кодекс був прийнятий ще на початку XIX ст. і зараз підґрунтя таких рішень виглядає набагато привабливішим, ніж в Імперії того часу. Так само Швейцарський ЦК містить лише загальний опис відповідних правових інститутів, а суддя мусить заповнювати прогалини, виходячи зі свого розуміння даної конкретної справи. Характерною рисою Швейцарського ЦК є також часте використання загальних застережень. Завдання судді полягає в тому, щоб конкретизувати їх шляхом конструювання норм, що слідують із принципів і загальних правил, так само як і шляхом типізації прецедентів і узагальнення різних точок зору

Загалом можна зробити висновок, що таке рішення, характерне для цивільного законодавства багатьох європейських країн, є більш перспективним прийом, відповідним демократичним засадам життя суспільства та сутності європейського приватного права. А для України це набуває особливої актуальності у контексті правової адаптації до європейського приватного права та законодавства ЄС.

Література:

1. Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / О.В. Колотова. — К., 2010. — С. 197-198.
2. Боннер А.Т. Избранные труды по гражданскому процессу. — СПб. : Изд-кий Дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. — С. 230.
3. Туманов Д.А. Пробелы в гражданском процессуальном праве : дисс. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 / Д.А. Туманов. — М., 2007. — 184 с.
4. Клім С.І. Аналогія закону у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. І. Клім; Міжнар. гуманіт. ун-т. — О., 2012. — 20 с.
5. Завальнюк С.В. Аналогія права за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03/ С.В. Завальнюк; Міжнар. гуманіт. ун-т. — О., 2015. — 22 с.